

VU Research Portal

Rechtsgeleerde waarheid

Soeteman, A.

2009

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Soeteman, A. (2009). *Rechtsgeleerde waarheid*. Vrije Universiteit.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl



RECHTSGELEERDE WAARHEID

Afscheidsrede Prof. mr. A. Soeteman, 19 juni 2009

Mevrouw de rector, dames en heren,

Op 21 januari dit jaar beval het Amsterdamse Gerechtshof de strafvervolgning van Geert Wilders, lid van de Tweede Kamer, voor overtreding van de artikelen 137c en 137d Sr. In deze artikelen wordt resp. het in het openbaar zich beledigend uitlaten over een groep mensen wegens o.a. hun godsdienst en het aanzetten tot haat tegen en discriminatie van een groep mensen wegens weer o.a. hun godsdienst strafbaar gesteld. Eerder had het openbaar ministerie in Amsterdam besloten geen strafvervolgning in te stellen. Het openbaar ministerie meende dat de gewraakte uitlatingen van Wilders binnen de grenzen van de grondrechtelijk beschermde vrijheid van meningsuiting vielen.

Juristen hebben er voor doorgeleerd: die zouden het moeten weten. Rechters hebben we er zelfs voor aangesteld om het te weten. Wanneer het echt moeilijk wordt met bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting of met de botsing van dit recht met andere grondrechten (zoals het recht om niet gediscrimineerd te worden of de vrijheid van godsdienst) dan horen we vaak dat de rechter het moet uitmaken.

Maar weten die rechters het wel? Valt er wel iets te weten? Juristen blijken vaak diametraal tegenover elkaar staande dingen te weten. Het openbaar ministerie kende een andere rechtsgeleerde waarheid dan het Hof. In de discussie die op de beslissing van het Hof volgde bleken ook hooggeleerde juristen verschillende waarheden te weten¹.

¹ Volgens de NRC van een enkele dag later was de Leidse hoogleraar Lawson het met het Hof eens, terwijl collega Nieuwenhuis het met het Hof oneens was.

Over de feiten was en is in deze zaak geen enkel verschil van mening. Het Hof somt een groot aantal uitspraken van Wilders op: niemand ontkent of ontkende dat al die uitspraken inderdaad waren gedaan. Het meningsverschil ging enkel over het recht. Bij dezelfde feiten vinden sommige serieuze en deskundige juristen, waaronder rechters, dat er sprake zou kunnen zijn van groepsbelediging en aanzet tot haat, terwijl andere even serieuze en deskundige juristen vinden dat het hier gaat om een weliswaar volgens velen van hen verwerpelijke en niet erg fijnzinnige maar toch door het recht beschermde uitoefening van de vrijheid van meningsuiting.

Wat is recht, zo luidt een kernvraag van de rechtsfilosofie. Maar die vraag blijkt in deze zaak niet makkelijk te beantwoorden.

Rechters en alle anderen die het antwoord zoeken op een vraag als naar de strafbaarheid van Wilders zijn op zoek naar wat ik vandaag betitel als rechtsgeleerde waarheid. Over de aard van die rechtsgeleerde waarheid en over enkele consequenties die we daaruit kunnen trekken wil ik het vandaag met u hebben.

Hard cases: twee benaderingen

Moeilijke zaken, die we binnen mijn vak tegenwoordig doorgaans in het Engels aanduiden als hard cases (we moeten nu eenmaal internationaliteit uitstralen om de visitaties te doorstaan), komen meer voor. Globaal genomen kunnen we in de rechtstheorie twee benaderingen van hard cases onderscheiden.

In de eerste benadering wordt recht als te beschrijven verschijnsel gezien. Vooral in verschillende varianten van het juridisch positivisme is deze benadering te vinden. Wijlen mijn UvA-collega Bob Brouwer was daar in ons

land de meest uitgesproken (en meest capabele) representant van². Wat recht is kunnen we vaststellen door te lezen wat er in de rechtsbronnen staat, of door te kijken hoe de autoriteiten in een rechtssysteem zich gedragen of aan de hand van welke criteria men ook maar denkt te moeten hanteren. Maar welk criterium dat ook is: de verzameling die door dat criterium als recht gedefinieerd is is eindig. Recht is op een bepaald moment op. Dat is het geval bij de hard cases. Komt zo'n hard case voor de rechter, dan kan die nergens een oplossing vinden. Hij moet dan discretionair een oplossing maken.

Het probleem dat ik heb met deze positivistische benadering is dat zij enerzijds pretendeert te beschrijven wat recht in de sociale werkelijkheid is, maar dat zij anderzijds die sociale werkelijkheid niet adequaat weergeeft. Rechters plegen in moeilijke gevallen *niet* discretionair te beslissen.

Volgens de tweede benadering kunnen we niet goed begrijpen wat recht is als we niet in de gaten hebben dat de deelnemers aan de praktijk van het recht dat recht benaderen als bron en methode om bepaalde problemen op te lossen. Deelnemers constateren niet een praktijk, zij werken ermee. Juristen die van mening verschillen over de vraag of Wilders zich aan groepsbelediging of haat zaaien schuldig heeft gemaakt zijn niet bezig te constateren hoe het in het positieve recht zit: er valt hier weinig te constateren want het constateerbare recht is hier op. Deze juristen geven hun onderling met elkaar concurrerende interpretatie van het positieve recht: ze maken duidelijk welk antwoord op de rechtsvraag naar hun mening het meest juist is³.

² Zie bijvoorbeeld zijn opstellen in A.Hol & J.Hage (red.), *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme*, Verspreide opstellen van prof. mr. P.W.Brouwer (1952-2006). Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2008, in het bijzonder de p.'s 29 e.v. en 131 e.v.

³ In zijn op 5 juni 2009 voor de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht verdedigde preadvies *Tussen feit en oordeel: de onderliggende rationaliteit van de rechtsgelerdheid* noemt Carel Smith deze tweede benadering niet zonder grond de hermeneutische. Maar hij zegt daarvan dat deze hermeneutici betwisten "dat kan worden gesproken van één juiste of ware betekenis van (wet)teksten" (paragraaf 2, het preadvies is nog niet gepubliceerd maar zal verschijnen in R & R). Er dreigt op dergelijke punten altijd veel terminologische verwarring, maar de stelling lijkt alleen juist als "een juiste of ware betekenis" geïnterpreteerd wordt volgens de eerste benadering. Hermeneutici als Ronald Dworkin (zie later in de tekst) verdedigen immers wel dat er één juist antwoord is. Dat lijkt ook de vooronderstelling van juridische argumentaties (zoals ik later in mijn tekst verdedig). Veel juristen plegen het ene juiste antwoord te verwarren met het onbetwistbaar juiste antwoord of met het antwoord dat los van iedere andere context zolang de tekst ongewijzigd blijft altijd juist blijft.

Het positivisme van Hans Kelsen

Hans Kelsen, een van de meest vooraanstaande rechtsfilosofen uit de 20^e eeuw, was een prominent voorstander van de positivistische benadering. Hij maakte een scherp onderscheid tussen de constatering van bestaande normen enerzijds en het maken van nieuwe normen, daaronder begrepen de nadere invulling en concretisering van bestaande normen, anderzijds. Dit onderscheid lijkt heel helder. *U mag niet voor mijn huis parkeren*. Dat kan informatie zijn over een daar geldend parkeerverbod, maar het kan ook zijn dat ik u verbied uw auto daar neer te zetten. Ik heb zelf in mijn proefschrift al onderzocht in hoeverre de logica van beide verschilde⁴.

Maar de vraag is hoe scherp dit onderscheid tussen beschrijving enerzijds en waardering of normering anderzijds in de rechtsgeleerde praktijk kan zijn. Beschrijving is altijd onvermijdelijk ook interpretatie. Bovendien is er een zeer vloeiende grens tussen interpretatie van het bestaande recht en het vinden of voorstellen van nieuwe oplossingen voor nieuwe problemen. Rechtsgeleerdheid kan ook expliciet voorstellen doen voor meest wenselijke interpretaties of wetsvoorstellen van commentaar voorzien. In deze zin kun je (ondanks Kelsen) zeggen: rechtsgeleerde kennis produceert normen –alhoewel altijd maar afgewacht moet worden of de productie ook in dank afgenomen zal worden door de praktijk⁵.

Kelsen meende dat deze rechtsgeleerdheid geen wetenschap meer kon zijn. Hij leerde in zijn zuivere rechtsleer dat alleen een beschrijving en analyse van in het positieve recht bestaande normen rechtswetenschappelijke kennis oplevert. Wie

⁴ A.Soeteman, Norm en Logica, proefschrift Leiden, Zwolle: W.E.J.Tjeenk Willink, 1981, 2^e bewerkte druk 1983, Zie ook A.Soeteman, Logic in Law, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989.

⁵ Er zijn ook tal van andere perspectieven op het recht, die wetenschappelijk even legitiem zijn: rechtssociologie, rechtspsychologie, criminologie, enz. Veel onderzoek aan juridische faculteiten bestudeert het recht vanuit één van deze andere perspectieven. Maar mij gaat het hier om wat ik het rechtsgeleerde onderzoek noem: onderzoek naar inhoud en interpretatie van het geldend recht. De verschillende andere perspectieven kunnen hierbij overigens zeer wel van nut zijn.

onder het mom van rechtswetenschap (of rechtsgeleerdheid) iets anders doet, zijn wil over de interpretatie van bepaalde normen formuleert, die maakt zich schuldig aan wetenschappelijk vals spel: hij suggereert dat waarheid is wat alleen zijn eigen wil is.

Rechtsgeleerde waarheid: adequatio intellectus et rei?

Hier zitten mijns inziens minstens twee problemen in. In de eerste plaats schuilt in deze opvatting van Kelsen een (vrij gangbaar) vooroordeel over wat wetenschap moet zijn: zoeken naar realistische waarheden. Dit doelt op een waarheidsbegrip als in de correspondentietheorie: er wordt een min of meer onafhankelijke werkelijkheid verondersteld en uitspraken zijn waar als ze met die werkelijkheid overeenstemmen.

Ik wil nu in het midden laten of een dergelijk realistisch waarheidsbegrip klopt voor de natuurwetenschappen. Voor iets als wiskunde of logica vind ik dit al knap lastig. Maar het zou best kunnen zijn dat we weliswaar een gemeenschappelijke kern in ons waarheidsbegrip hebben –bijvoorbeeld dat waarheid niet willekeurig kan zijn- maar dat in verschillende gebieden deze kern heel verschillend ingevuld wordt. Hoe dat zij, voor de rechtsgeleerdheid lijkt mij de klassieke waarheid van Thomas van Aquino als *adaequatio intellectus et rei* ongelukkig en onjuist.

Ongelukkig omdat er wat nare risico's aan vast zitten. Eén van de risico's is dat de plaats van het rechtsgeleerde onderzoek in de galerij der wetenschappen ter discussie komt of, in het verlengde daarvan, dat rechtsgeleerd onderzoek niet past in de mal die andere wetenschappers hanteren bij de kwaliteitsbeoordeling. Ik hou er helemaal niet van als juristen altijd maar roepen dat zij heel anders zijn –en daarmee op zijn minst de indruk maken zich aan controle en verantwoording te willen onttrekken. Maar dat mag er anderzijds niet toe leiden dat we net doen of er geen verschillen zijn met andere wetenschappen, die ook voor de

kwaliteitsbeoordeling relevant zijn. Die verschillen moeten we dan wel expliciet maken (en ik probeer daar vandaag een bijdrage aan te leveren)⁶.

Het klassieke waarheidsbegrip van de *adaequatio intellectus et rei* lijkt mij voor de rechtsgeleerdheid ook *onjuist*, omdat de rechtsgeleerde waarheden niet onafhankelijk van ons op ons liggen te wachten.

Op dit punt lijkt o.a. de rechtsgeleerdheid te verschillen van de empirische wetenschappen. Ook daar verschilt men van mening. Ook daar is waarheid in principe altijd betwistbaar. En ook daar zijn er van tijd tot tijd grote en vooralsnog onoplosbare meningsverschillen. Maar iedere empirische theorie moet uiteindelijk kloppen met de empirische werkelijkheid. Ik ga hier uiteraard geen plat wetenschapspositivisme verdedigen. Ik weet heel goed dat als een hypothese niet blijkt te kloppen daaruit niet noodzakelijk volgt dat die hypothese fout was. Er kan ook van alles fout zijn met de waarnemingstheorieën die we bij het toetsen gebruikten. Maar hoe ingewikkeld de relatie tussen empirische theorie en werkelijkheid ook is, in die empirie vindt die empirische wetenschapper een door al zijn collega's onderschreven criterium waaraan op een of andere manier getoetst kan worden in hoeverre de theorie klopt.

Vergeleken met deze min of meer harde empirische basis lijkt waar we het in het recht mee moeten doen drijfzand. Onze vaste uitgangspunten: wetten, verdragen, rechtspraak laten met name in de moeilijke gevallen nog alle mogelijke verschillende antwoorden toe. Dit heeft rechtsgeleerden tot op de dag van vandaag een minderwaardigheidscomplex opgeleverd. Ja geleerd zijn jullie wel,

⁶ Een ander risico zou kunnen zijn dat we op de universiteiten niet meer systematisch mogen zoeken naar de meest verstandige oplossingen voor allerlei problemen: wij zouden ons immers moeten bezig houden met wetenschap, wat dan voor de rechtswetenschap betekent: weergave en analyse van bestaande normen, niet meer⁶. Het meer laten we dan over aan de rechtspraktijk. Dit risico vind ik niet erg groot: we zullen niet opeens achterwege laten wat door de eeuwen heen onze rechtsgeleerde *raison d'être* is geweest. Maar het risico is dan of de rechtsgeleerden nog wel weten wat zij doen. Het kan zijn dat het wilsaspect van normvorming en norminterpretatie zo benadrukt wordt dat we de rationele kant daarvan niet meer goed in zicht kunnen krijgen.

liet Stolker een paar jaar geleden een natuurwetenschapper zeggen⁷. Wetenschap is iets anders.

Desondanks wordt rechtsgeleerdheid beoefend aan de universiteiten, instellingen voor wetenschappelijk onderwijs en onderzoek. Dat suggereert dus dat rechtsgeleerdheid wel een wetenschap is. Rechtsgeleerden vragen ook subsidies aan bij de Nederlandse organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek, ze schrijven wetenschappelijke jaarverslagen, ontwerpen wetenschappelijke onderzoeksprogramma's, worden wetenschappelijk gevisiteerd, zijn lid van wetenschappelijke instellingen (zoals de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen of haar ruim 50 jaar oudere zusje de Koninklijke Hollandsche Maatschappij der Wetenschappen), enz. Maar wat is er wetenschappelijk aan een geleerdheid die het, zo lijkt het, laat afweten juist daar waar het moeilijk wordt. Hoe zit het in dit kader met het wetenschappelijk karakter van de rechtsgeleerdheid die rechtsgeleerde waarheid probeert te achterhalen?

Nu is dit deels een verbale kwestie. "What's in a name? That which we call a rose, by any other name would smell as sweet" laat Shakespeare Julia tegen haar Romeo zeggen⁸. De rechtsgeleerdheid wordt er echt niet anders van wanneer wij haar geen wetenschap meer noemen. En zijn we volgens een andere bekende Engelse romanfiguur, Humpty Dumpty, het sprekend ei uit Alice in Wonderland, niet zelf de baas over onze eigen woorden: "When I use a word it means just what I choose it to mean - neither more nor less"⁹.

Juridisch voluntarisme

⁷ C.J.M.Stolker, *Ja, geléerd zijn jullie wel*, NJB 2003, p. 766 e.v.

⁸ William Shakespeare, *Romeo and Juliet*, II, ii, 43-44.

⁹ The Annotated Alice, *Alice's Adventures in Wonderland and Through the Looking-Glass*, by Lewis Carroll, illustrated by John Tenniel, With an Introduction and Notes by Martin Gardner, Penguin books, 1970, p.269.

Maar helemaal onschuldig is de vraag toch niet¹⁰. Dat brengt mij naar het tweede probleem dat ik met Kelsens benadering heb. Door wetenschap te beperken tot constatering van een juridisch Sollen is de productie van dit Sollen noodzakelijk niet-wetenschappelijk. Die productie geschiedt door een feitelijk Wollen, dat door een hogere norm als Sollen geduid wordt. In zijn latere werk gaat dit zelfs zo ver dat Kelsen meent dat de norm dat Jan Marie niet mag vermoorden niet meer logisch volgt uit de norm dat mensen elkaar niet mogen vermoorden. Want de wetgever die deze laatste norm gaf heeft Jan en Marie nooit gekend, en heeft dus ook niets gewild over hun gedrag¹¹.

Zo heet wordt de soep slechts zelden gegeten. Ik denk dat dit zelfs bij Kelsen niet betekent dat er geen argumenten meer voor het ene of het andere Wollen kunnen zijn. Maar de ontkenning dat rechtsgeleerdheid naar waarheid op zoek is gaat bij hem wel samen met een sterk voluntarisme: recht is wat de normvormer wil. Wanneer de wetgever de eerste normvormer is en het blijkt vervolgens dat diens wil nog voor verschillende uitleg vatbaar is, dan moet de wil van de rechter dit aanvullen. In moeilijke gevallen gaat het dan dus om willen, niet om weten.

Ik zou nu een hele discussie kunnen opzetten over de vraag of rechtsgeleerdheid een kwestie van willen is of van weten. Zo'n discussie kunnen we dan rechtsfilosofie noemen, maar het is niet het soort rechtsfilosofie dat mij interesseert. Interessant is wat er in de rechtsgeleerdheid gebeurt. Ook als je met Kelsen (maar hij heeft veel geloofsgenoten) de zaak in meer voluntaristische termen wilt beschrijven, dan moet je daarbij verdisconteren dat bijvoorbeeld rechters zelf naar hun eigen beleving niet naar willekeur beslissen. Wetenschappelijke rechtsgeleerden zuigen hun geleerde interpretaties evenmin uit hun duim. Wie recht louter in termen van wilsbesluiten beschrijft geeft een afgehaakt en daarom verkeerd beeld van wat er in de rechtspraktijk en de

¹⁰ Ik zie nu verder af van eventuele consequenties voor financiering van onderzoek.

¹¹ H.Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien: Manzsche verlag: 1979. Zie daarover mijn artikel *Recht, logica en Kelsen*, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1984, p. 132 ff.

rechtsgeleerdheid gebeurt. Dit verkeerde beeld leidt er echter toe dat normproducenten niet goed meer op hun activiteiten aanspreekbaar zijn.

Dworkin's constructivisme

Zoals bekend is Ronald Dworkin de moderne verdediger van de right answer thesis, de stelling dat er voor elk juridisch probleem altijd één juist antwoord is. Deze stelling past veel beter bij de praktijk van de rechtsgeleerdheid dan de positivistische bewering dat recht soms op kan zijn. We kunnen hier cynisch over doen en suggereren dat dit vroom bedrog is¹². Maar als beschrijving van de werkelijkheid is deze kwalificatie niet erg plausibel. Generaties rechters en generaties universitaire rechtsgeleerden zouden dan of met elkaar in één groot complot moeten zitten om de goedgelovige samenleving te bedriegen òf moeten bestaan uit onnozelaars, die denken dat ze met een serieuze zaak bezig zijn terwijl het in feite gaat om gebakken lucht^{13 14}.

Dworkin's constructivisme leert dat de juiste oplossing bepaald wordt door de twee dimensies van fit en justification. Juist is die oplossing die enerzijds goed past bij het bestaande positieve recht en anderzijds daar de best mogelijke interpretatie aan geeft. Wat het 'best mogelijk' is berust in principe niet op persoonlijke opvattingen van de rechter; het gaat er Dworkin om dat de rechter de in het recht neergelegde opvatting van rechtvaardigheid zo goed mogelijk uitbouwt.

Ik heb voor dit constructivisme altijd veel sympathie gehad. Als weergave van wat er in het rechterlijk werk gebeurt is het mijns inziens redelijk adequaat.

¹² B.M.Telders, Verzamelde Geschriften I, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff, 1947, p. 167. Telders meent dat het juridisch syllogisme een rechterlijke uitspraak, hoe subjectief ook, de schijn van objectieve rechtvaardigheid geeft.

¹³ Vgl. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press. 1986, p. 37-43.

¹⁴ Klaas Rozemond heeft in zijn proefschrift Dworkin's stelling uitgewerkt voor strafvordering: *Strafvorderlijke rechtsvinding*, Gouda: Gouda Quint, 1998.

Maar anderzijds heb ik me er ook altijd wat onprettig bij gevoeld. Dat is in de eerste plaats omdat de twee dimensies aan de hand waarvan Dworkin wil vaststellen welk antwoord juist is niet altijd goed bij elkaar passen. Ik doel nu niet op nazi recht of apartheidsrecht: dat soort onrechtvaardig recht levert aparte vragen op waar ik nu aan voorbijga. Ik doel op meer alledaagse verschijnselen dat een wettekst in bijzondere omstandigheden wel eens onvoorziene en onwenselijke consequenties kan lijken te hebben. Dworkin zelf stelt vast dat we dan wel eens met wat minder fit genoeg moeten om in de andere dimensie, de justification, goed te kunnen scoren¹⁵. Maar wanneer je dat zegt dan doet zich een volgende moeilijkheid voor. Wanneer we een tekst willen interpreteren, of het nu een wet is of een arrest, een religieus geschrift of een literaire roman, dan moeten er altijd grenzen zijn aan de mogelijke interpretaties. Die grenzen zijn zeker niet scherp, eerder een grensgebied dan een grenslijn, en ze kunnen ook in de loop van de tijd verschuiven. Maar als er niet ook foute interpretaties zijn, interpretaties waarvan je, hoe aantrekkelijk ze ook mogen zijn, desondanks onmogelijk kunt volhouden dat ze nog een interpretatie zijn van de betreffende tekst, dan wordt de tekst nietszeggend. Er moet verschil zijn tussen wat in de tekst staat en wat wij er graag in zouden zien staan.

Een paard is echt geen olifant, hoe je het ook wendt of keert. Maar constructivistisch gezien is dat nog maar de vraag. Wanneer we ergens een regeling zouden hebben voor olifanten en een rechter zou het wenselijk vinden, in lijn met bestaande rechtsbeginselen, dat de regeling ook van toepassing is op paarden, dan let constructivistisch gezien niets deze rechter om te bepalen dat onder olifanten in de zin van deze regeling ook paarden begrepen worden. Nu kun je zeggen dat een paard nog een beetje op een olifant lijkt: het zijn beide grote zoogdieren. Maar constructivistisch zouden, als het zo uitkomt, ook een struisvogel, een salamander, een haai of, schrikt u niet, zelfs u die dit leest een olifant in de zin der wet kunnen zijn.

¹⁵ Zie Ronald Dworkin, a.w. 1986, p. 219.

Is dit erg? Nee, zo gaat het vaak. Rechters passen regels toe op als analoog beoordeelde situaties of ze maken nieuwe uitzonderingen (ze kunnen bijvoorbeeld zeggen dat een in de dierentuin levende olifant geen olifant is, in de zin der wet). Mijn vraag is alleen wat nog de betekenis is van de bestaande wetten als er geen grenzen zouden zijn aan het kunnen lezen van alle mogelijke wenselijkheden in die wetten. Met de wet in de hand komt men door het ganse land: wat betekenen die wetten dan nog?

Ik zou daarom het vereiste van voldoende fit als een soort randvoorwaarde willen blijven stellen. Maar ik geef direct toe dat deze randvoorwaarde niet heel erg hard is: de vraag of een bepaalde interpretatie nog voldoende past bij de tekst hangt ook af van wat er met die tekst bedoeld is en hoe die bedoeling in de gegeven context het best tot haar recht komt en staat dus ook weer een beetje los van de woorden. Interpretatie is nu eenmaal een meerdimensionale aangelegenheid.

Eén juist antwoord

Ik interpreteer Dworkin's stelling dat er altijd één juist antwoord is als werkhypothese van rechtsgeleerden, waaronder rechters. Zij impliceert allerminst dat ooit iemand definitief kan vaststellen het laatste juiste antwoord gevonden te hebben: het kan behoorlijk lastig zijn dat antwoord te vinden en vergissingen zijn altijd mogelijk –en meer dan alleen maar mogelijk. De stelling sluit voorts geenszins uit dat juristen van mening kunnen blijven verschillen over de vraag welk antwoord juist. Het is eerder andersom: dat ze van mening verschillen impliceert dat er iets is om van mening over te verschillen, namelijk de vraag welk antwoord het meest juist is. Zonder de gedeelde veronderstelling dat het ene antwoord juister is dan het andere zouden ze niets meer hebben om van mening over te verschillen.

Die juristen hebben, als het goed is, argumenten voor hun onderling verschillende standpunten. Toch lukt het hen vaak niet elkaar te overtuigen en het eens te worden. We beschikken met name in de hard cases klaarblijkelijk niet over voldoende eenduidige criteria waarover we het eens zijn en waaraan de verschillende standpunten getoetst kunnen worden.

Bij gebreke aan dergelijke criteria lijkt de discussie een wat onwerkelijk karakter te hebben. Hoe veel engelen passen er op de punt van een naald? Was de kip er eerder of het ei? Heeft Wilders zich al dan niet schuldig gemaakt aan groepsbelediging en haatzaaijerij? Iedereen kan wat hij wil verdedigen. De rechtsgeleerde waarheid lijkt achter de horizon te verdwijnen.

Desondanks is de vraag wat recht is in zo'n zaak als van Wilders, een serieuze aangelegenheid is. Niet alleen serieus omdat het in die zaak gaat om de grenzen van de vrijheid van meningsuiting zijn, meer in het bijzonder van een politicus. Maar ook serieus in heel andere zin: niet berustend op willekeur, maar met een antwoord dat het resultaat is van serieus zoeken naar de juiste oplossing, in mijn termen: een zoeken naar rechtsgeleerde waarheid.

Rechtsgeleerde waarheid als constructieve waarheid

Terminologie is, als gezegd, van ondergeschikt belang. Maar ik wil graag wel zicht houden op de rationele kant van rechtsgeleerdheid. Dat druk ik uit door van rechtsgeleerde waarheid te spreken. Bij de invulling van deze waarheid leg ik echter minder de nadruk op enkel de cognitieve aspecten. Het gaat bij rechtsgeleerde waarheid in de betekenis die deze Humpty Dumpty eraan toekent vooral om systematische, rationele en daardoor controleerbare pogingen problemen op te lossen. De waarheid van het recht is niet van empirische aard en zelfs niet van strikt cognitieve aard. De waarheid van het recht wordt gekend, maar ze wordt in zekere zin ook gemaakt door degenen die naar haar op zoek

zijn. Niet een cognitieve, maar een constructieve waarheid. Deze juridische waarheid is normatief. Ze betreft niet alleen bestaande normen, ze is er ook een systematische, rationele en dus controleerbare interpretatie van.

Een consequentie hiervan is dat de betwistbaarheid van juridische kennis anders is dan de betwistbaarheid die iedere kennis altijd al heeft, al was het maar door de beperktheid en feilbaarheid van onze kenvermogens. De betwistbaarheid van juridische kennis berust vooral op de verschillende mogelijke constructies van bestaande normencomplexen. Juridische kennis is betwistbaar omdat bestaande normen op normatief verschillende wijzen uitgewerkt kunnen worden.

Als daar iets uit volgt dan dit: recht is een discursieve aangelegenheid. Waar is in het recht wat op basis van alle mogelijke gegevens als de beste juridische oplossing verdedigd is. Zeker in moeilijke gevallen zijn juridische stellingen geen min of meer apodictisch waarheden, die als bommen en granaten inslaan in de juridische problemen. Wat waar is hangt af van altijd zelf weer bediscussieerbare argumenten. Argumenten zijn in het recht zo mogelijk nog belangrijker dan in de natuurwetenschappen. Waar het altijd gaat om basis en argumenten die moeten laten zien hoe onze waarheden kloppen met de basis, daar winnen, als de basis minder eenduidig is, de argumenten aan betekenis.

De basis van het rechtsgeleerde redeneren

Maar kan dat wel? Ik kan nu zeggen: kijk maar naar wat er gebeurt. Don't think, but look and listen, was een thema van Wittgenstein dat in mijn jonge jaren nogal populair was. Wanneer we de vooropgezette ideeën over wat wetenschap eigenlijk zou moeten zijn even opzij schuiven en gewoon kijken, dan zien we in het recht en in de rechtsgeleerdheid een argumentatieve praktijk. De basis daarvan is niet hard, maar wel degelijk aanwezig.

Ze bestaat uiteraard om te beginnen uit allerlei gezaghebbende teksten: wetten, verdragen, verordeningen enz. Vervolgens is er de bestaande jurisprudentie. Daarna wordt het nog zachter: er is een geheel aan opvattingen –laten we gemakshalve maar even zeggen: rechtsbeginselen, maar het is lang niet altijd zo gearticuleerd of zo fundamenteel als deze term suggereert- die we als samenleving neergelegd hebben in het positieve recht en die onze omgang daarmee bepalen. Die opvattingen zijn natuurlijk wisselend, zowel per persoon als in de tijd. Sommige onderdelen ervan zijn relatief wat harder dan andere. In onze cultuur zijn de vrijheid van meningsuiting enerzijds en bescherming van mensen tegen groepsbelediging en haat zaaien wegens hun godsdienst anderzijds gerespecteerde waarden. De onderlinge verhouding tussen deze waarden is, zo zagen we, een probleem, maar niemand kan ontkennen dat het hier om waarden gaat die tot onze juridische basis behoren.

Verschillende rechtsbeginselen kunnen we soms in een hiërarchische orde plaatsen: je kunt wellicht zeggen dat het beginsel van het recht op een naam minder fundamenteel is dan het beginsel van het recht op onderwijs en dat dat weer minder fundamenteel is dan het beginsel van gelijke menselijke waardigheid¹⁶. Maar mijn beeld is niet dat van een omgekeerde piramide van waarden, uiteindelijk berustend op één fundamentele superwaarde. Mijn beeld is meer dat van een complex netwerk, waarin de ene waarde de andere ondersteunt en de andere de ene.

Recht als discursief redeneerproces

Wanneer we kijken wat er in de rechtsgeleerde wetenschap gebeurt dan zien we dat er vanuit een dergelijk netwerk geargumenteed wordt. Dat is bijvoorbeeld

¹⁶ De eerste twee genoemde beginselen ontleen ik aan J.Gijssels, *Rechtsbeginselen zijn nog geen recht*, in M. van Hoecke (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen: Kluwer, 1991, p. 58.

op zeer heldere wijze in kaart gebracht door de eerder dit jaar overleden Neil MacCormick in zijn inmiddels klassieke boek *Legal Reasoning and Legal Theory*¹⁷. MacCormick maakt een (wat mij betreft wat te scherp) onderscheid tussen deductieve rechtvaardiging van juridische beslissingen vanuit het bestaande recht en een tweede orde-rechtvaardiging van juridische premissen waar het bestaande recht tekortschiet. Bij die tweede orde-rechtvaardiging spelen twee zaken vooral een rol: consequentialistische argumenten, waarin het gaat om de waardering van de gevolgen van verschillende mogelijke beslissingen, en coherentie-argumenten, waarin de inhoudelijke coherentie, wat Dworkin later integriteit zal noemen, van het recht bepalend is.

Juridische waarheid is, kunnen we vaststellen, discussiewaarheid. De uitgangspunten zijn enerzijds gegeven, maar worden anderzijds ook in de argumentatie nader bepaald. Wat aan harde gegevens te weinig is wordt in de argumentatie en discussie aangevuld. Maar geen jurist ervaart die aanvulling als willekeurig. Scepticisme is (even afgezien van de theoretische onverdedigbaarheid ervan¹⁸) een voor de praktijk volslagen onwerkbare hypothese. We moeten nu eenmaal beslissingen nemen en kunnen ons de luxe van achterover leunen niet permitteren.

Theoretische consequentie: de betekenis van logica

Aan de centrale betekenis van argumentatie voor het recht wil ik vandaag twee consequenties verbinden: één theoretische en één praktische. De theoretische is dat het dus ontzettend belangrijk is om juridische argumentaties goed te kunnen analyseren. Ik vind zelf dat logica daarvoor een essentieel instrument is. Daarmee is tot op zekere hoogte de cirkel rond, want deze stelling over de

¹⁷ Neil MacCormick, *Legal reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1978.

¹⁸ Daarover heb ik geschreven in mijn preadvies *De droom van recht*, Utrecht: Lemma, 2000.

betekenis van logica stond ook al aan het begin van mijn wetenschappelijke loopbaan. Ik ben op dit punt, kan ik zeggen, niets veranderd. Ik heb inmiddels geleerd over niet monotone logica's en over allerlei ontwikkelingen in argumentatietheorie¹⁹. Ik heb daar met zowel belangstelling als waardering kennis van genomen. Maar hoe belangrijk ook, ze kunnen de betekenis van de klassieke logica niet wegnemen. Nog steeds zijn er juristen die menen dat recht zijn eigen logica kent, dat klassieke formele logica het recht in een dwangbuis zet of zelfs dat uit de werkelijkheid van het recht blijkt dat “the life of the law has not been logic, it has been experience”²⁰. Maar formele logica kan niet door de werkelijkheid schaakmat worden gezet²¹.

Ik wil u twee stellingen over logica en recht voorhouden, die ik vervolgens zal toelichten.

1. Logica is essentieel voor de legitimiteit en de controleerbaarheid van juridische, in het bijzonder rechterlijke, redeneringen
- 2 Logica is onvoldoende voor de legitimiteit en de controleerbaarheid van juridische, in het bijzonder rechterlijke, redeneringen.

Deze stellingen zijn natuurlijk niet met elkaar in strijd: logica is, zo zeggen zij samen, noodzakelijk, maar niet voldoende.

Op 10 maart 2009, wees de HR arrest in een strafzaak waar net als in de zaak tegen Wilders overtreding van art. 137c Sr., belediging van een groep mensen wegens hun godsdienst, aan de orde was. Verdachte was hier een man uit Valkenswaard die in november 2004, net na de moord op Theo van Gogh, een

¹⁹ Bijvoorbeeld uit het onder mijn begeleiding geschreven proefschrift van Henri Prakken, *Logical Tools for Modelling Legal Argument* (1993), later verschenen als boek: Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.1997.

²⁰ Deze uitspraak is van O.W.Holmes, *The Common Law*, 41e druk Boston: Little, Brown and Company, 1948, p.1. (1e druk 1881). Overigens is de uitspraak vaak (en ook hier) wat uit zijn verband gerukt. Holmes bedoelt vooral dat er heel wat meer (en interessanter) in het recht aan de hand is dan logica. Daar heeft hij volkomen gelijk in.

²¹ Dit schaakmat zetten van logica ontleen ik aan W.F.Hermans, *Wittgenstein's levensvorm*, in: Willem Frederik Hermans, *Volledige werken* 11, De Bezige Bij, Amsterdam: 2008, p. 206.

poster voor zijn raam had gehangen waarop onder meer te lezen stond: "Stop het gezwel dat Islam heet". De HR maakt in dit arrest een verschil tussen het in art. 137c Sr. strafbaar gestelde zich beledigend uitlaten "over een groep mensen wegens hun godsdienst" en het zich beledigend uitlaten over een godsdienst. Dat laatste is niet strafbaar, ook niet indien dit geschiedt op zo'n wijze dat de aanhangers van die godsdienst daardoor in hun godsdienstige gevoelens worden gekrenkt:

“Alle, zelfs felle kritiek op opvattingen die in die groep leven of op het gedrag van hen, die tot de groep behoren, blijft buiten het bereik van art. 137c Sr. De enkele omstandigheid dat grievende uitlatingen over een godsdienst ook de aanhangers van die godsdienst krenken, is niet voldoende om die uitlatingen te kunnen gelijkstellen met uitlatingen over die aanhangers, dus over een groep mensen wegens hun godsdienst in de zin van art. 137c Sr.”

De Hoge Raad beroept zich voor dit standpunt op de wetsgeschiedenis. Dat beroep wordt onderbouwd met een aantal citaten uit de parlementaire stukken.

Wanneer we het voor mij relevante deel van de argumentatie van de HR in schema zetten krijgen we het volgende:

P1 Volgens de wetsgeschiedenis is voor strafbaarstelling ex art. 137c vereist, voor zover in dit geval van belang, dat men zich beledigend uitlaat over aanhangers van het islamitisch geloof

P2 Verdachte heeft zich beledigend uitgelaten over de Islam, maar niet over aanhangers van het islamitisch geloof

C Verdachte is dus niet strafbaar ex art. 137c Sr.

Dit is, kan ik u meedelen, in deze vorm geen logisch geldige redenering. Dat wil zeggen: als de premissen waar zijn, dan is nog niet noodzakelijk ook de conclusie waar. Er zit een logisch gat.

Desondanks concludeert de HR dat verdachte niet strafbaar is. Ik ga bij de analyse van argumentaties altijd uit van het *principe van de redelijke spreker*.

Dat houdt in dat ik de betreffende argumentaties op de sterkst mogelijke manier interpreteer. Het is vaak heel makkelijk een argumentatie zo te interpreteren dat ze ongeldig, of soms zelfs dat zij volstrekt idioot is. Dan kan men triomfantelijk concluderen dat er niets van klopt, maar die overwinningsclaim is zonder enige waarde. Dus ik probeer, als het even kan, de argumentatie van in dit geval de HR als logisch geldig te interpreteren.

Hier is mijn eerste stelling relevant, over het essentiële en onmisbare van de logica. Zo lang een argumentatie niet logisch geldig is betekent dat dat een alternatieve conclusie zich verdraagt met de premissen. Daarmee is dan, zowel richting justitiabelen als richting alle anderen die er maar kennis van willen nemen, de legitimiteit van deze beslissing, in deze conclusie verwoord, onvoldoende onderbouwd.

De HR meent klaarblijkelijk dat conclusie C wel volgt uit de premissen P1 en P2. Gegeven het principe van de redelijke spreker moet ik dan aannemen dat de HR een extra premisse vooronderstelt: als P1 en P2, dan C. Wanneer we deze bewering als P3 toevoegen aan de redenering wordt deze alsnog geldig. Maar waarom zou P3 zelf waar zijn?

De crux zit hier in het gezag van de wetsgeschiedenis. De HR leidt de door hem aangenomen interpretatie van art. 137c Sr. af uit de wetsgeschiedenis. Wanneer we uit P1 afleiden:

P1.1 Voor strafbaarstelling ex art. 137c is, voor zover in dit geval van belang, vereist dat men zich beledigend uitlaat over aanhangers van het islamitisch geloof

dan volgt dat P3 klopt (we kunnen dan zelfs P3 weer schrappen: uit P.1.1 en P2 volgt logisch geldig de conclusie C). Maar waarom zou de wetsgeschiedenis dit gezag hebben?

We kunnen moeilijk veronderstellen dat de HR meent dat de wetsgeschiedenis altijd gevolgd dient te worden. Aankomende juristen leren al in hun eerste jaar, bij ons in de afgelopen jaren zelfs al in de eerste maand, dat de wetsgeschiedenis

wel gezag heeft, maar dat dat gezag niet dwingend is: andere factoren kunnen zwaarder wegen. Dit is zozeer algemene juristenwijsheid dat we moeilijk kunnen aannemen dat de HR hier anders over denkt. Maar waarom volgt de HR dan in dit geval de wetsgeschiedenis wel?

Ik moet bekennen: ik weet het niet. Ik kan hoogstens raden. Dit illustreert mijn tweede stelling: logica is onvoldoende voor de legitimiteit en de controleerbaarheid van juridische, in het bijzonder rechterlijke, redeneringen. We hebben nu immers de redenering van de HR op de meest plausibele manier als logisch geldig gereconstrueerd, maar blijven in het ongewisse over de waarheid van het punt waar het precies om blijkt te draaien: waarom heeft hier de wetsgeschiedenis zo'n gezag.

Dat klemte te meer omdat het Hof in de beschikking over Wilders twee maanden eerder een heel andere interpretatie gaf. In die zaak had het OM zo ongeveer hetzelfde onderscheid gemaakt als twee maanden later de HR tussen het 'beledigen van een groep mensen vanwege hun godsdienst' en het 'zich beledigend uitlaten over een godsdienst'. Maar het Hof vond “*(h)et hierbij gehanteerde taalkundige onderscheid tussen “beledigend voor een groep” en “beledigend over een groep” ... gekunsteld*”.

Normaal gesproken schrikken juristen niet zo erg van allerlei gekunstelde onderscheidingen. Niet wordt uitgelegd waarom het gekunstelde van het onderscheid in dit geval prohibitief is.

Het belang van goede argumentatie

Is dit erg? Is het erg dat geargumenteed wordt op een manier die, als we haar logisch analyseren, wat inhoudsloos blijkt, in deze zin dat ze premissen die het standpunt dragen, maar waar de meningen nu net over verschillen, alleen maar poneren? Het past in ieder geval volstrekt niet bij het discursieve karakter van rechtsgeleerde waarheid.

Zowel in de rechtspraktijk als in de rechtsgeleerdheid hoort geargumenteed te worden. In de rechtspraktijk omdat justitiabelen er recht op hebben te vernemen waarom ze eventueel in het ongelijk gesteld worden, om de precedentbetekenis van de uitspraak en om de rechtspraak controleerbaar te maken, in de wetenschap vooral vanwege die precedents en die controleerbaarheid.

Ik wil nu niet een makkelijke staf breken over rechterlijke colleges die zo schromelijk tekortschieten, maar ik zou het wel graag wat scherper en meer beargumenteed zien. Waar geen argumentaties zijn, enkel kwalificaties van feiten, daar weet ik niet waarom juist deze kwalificatie gegeven wordt, terwijl ik, als verdachte of partij, een heel andere kwalificatie in het hoofd had. Waar cruciale posities onbeargumenteed worden ingenomen wordt rechtspraak echt een loterij: het hangt er maar van af of je bij het Hof Amsterdam of bij de HR terecht komt.

De klassieke interpretatiemethoden, grammaticaal, wets- of rechtshistorisch, systematisch, zijn allemaal vatbaar voor dit tekort. We weten dat ze op zichzelf niet doorslaggevend zijn. De grammaticale is bijvoorbeeld in de woorden van Paul Scholten een koord dat strak gespannen kan worden maar onder omstandigheden verbroken kan worden²². In een recent nummer van *RM Themis* wordt mij in de mond gelegd dat “voor grammaticale interpretatie, of een beroep op woordbetekenis, geen rol van betekenis (is) weggelegd in de legitimatie”²³. Dat is echter een vergissing. Ik had alleen gezegd dat zodra het interessant wordt het beroep op de letter van de wet geen betekenis meer heeft.

²² Zie Paul Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1954, p. 54 (par. 10, slot): “Volgt men onze opvatting, dan is hier voor den rechtzoekende niet een grenssteen, die hij niet mag verplaatsen, doch een sterk gespannen koord, dat den uitersten weerstand biedt, doch niet alleen voortdurend wordt verbogen, maar zelfs in hoogen nood kan worden verbroken”.

²³ C.E. Smith, *Het woord als grenswachter: functies van taalkundige interpretatie voor de rechtsvinding*, *RM Themis* 170/2, (april) 2009, p. 61. In hetzelfde nummer, p. 59, constateert Eveline Feteris een verschil tussen acceptatie van grammaticale interpretatie in de praktijk en verwerping ervan in de theorie, waarvoor ze o.a. naar mij verwijst. Maar ik zie dit verschil niet. Ook ik denk dat de tekst van de wet een belangrijke zo niet vaak doorslaggevende rol speelt in de legitimatie van rechterlijke beslissingen. Maar dat betekent niet dat een beroep op de tekst bij meningsverschil een goed argument is. Zie mijn tekst.

Iedereen die de wet wil toepassen moet beginnen bij de tekst van de wet. Zolang de betreffende interpretatie volgens die letter onomstreden is hoeft men niet nog een keer uit te leggen waarom de letter in dit geval gevolgd dient te worden. Maar waar dat anders wordt, waar de letter voor verschillende uitleg vatbaar is of waar één van de betrokkenen zich beroept op de geest van de wet of op achterliggende beginselen die door de letter gedood dreigen te worden, daar is een beroep op de letter als argumentatie ontoereikend. Waar de betekenis van de letter omstreden is is argumentatie vanuit de betekenis van deze letter een cirkelredenering en dus onvoldoende om de legitimiteit van de conclusie te onderbouwen. Klassieke interpretatiemethoden kunnen soms wat al te gemakkelijk als argumentatieve stoplappen gaan functioneren.

Praktische consequentie: concurring en dissenting opinions

Dat het ook anders kan bewijzen uitspraken van bijvoorbeeld de Supreme Court of, dichter bij huis, het EHRM. Dit zijn rechterlijke colleges waarin er sprake is van concurring en dissenting opinions. Ik kom nu op mijn meer praktische consequentie. Ik wil bepleiten dat dit systeem van concurring en dissenting opinions in ieder geval op het niveau van de HR ook bij ons ingevoerd wordt. Wanneer het niet zo is dat ergens in de juridische werkelijkheid buiten ons de objectieve waarheden klaar voor ontdekking op ons liggen te wachten, maar wel dat juridische waarheden het resultaat zijn van constructieve arbeid, dan ligt het alleen maar voor de hand dat partijen en alle anderen die erin geïnteresseerd zijn deze constructies moeten kunnen volgen.

Het maakt rechters kwetsbaarder, want iedereen kan dan per rechter lezen wat hij of zij vond en die rechters kunnen daar persoonlijk op aangesproken worden. Maar bange mensen zijn niet geschikt voor het rechterlijk ambt, met name niet in de HR. Veel belangrijker is dissents scherpere argumentaties stimuleren omdat rechters bij meningsverschil met elkaar publiekelijk de discussie aangaan

over wat in de casus echt van belang is. Dat kan soms bikkelhard gaan. In een interview in het NJB heeft de huidige president van de Hoge Raad Corstens onlangs gezegd te vrezen dat het systeem van dissenting opinions “op zijn zachtst gezegd niet bevorderlijk (is) voor de verhoudingen”²⁴. Daar kan ik me wel iets bij voorstellen. In *Boumedienne*, één van de *Guantànamo Bay* uitspraken van de Supreme Court, beschuldigde rechter Scalia in zijn dissent de meerderheid van het Hof ervan dat haar beslissing Amerikaanse levens kost²⁵. De rol van onze Hoge Raad is echter bepaald niet dezelfde als die van de Supreme Court en hij is zeker lang niet zo verpolitiekt, zoals Corstens ook vaststelt. De meningsverschillen binnen de Hoge Raad zullen, verwacht ik, niet of nauwelijks de kaders waarbinnen men over en weer meent in alle redelijkheid van mening te kunnen verschillen te buiten gaan. En er staat iets tegenover. Het voorbeeld van *Boumedienne* is niet aangenaam, maar het laat wel zien hoe de verschillen lagen. De procedure die wij nu kennen –één uitspraak van het rechterlijk college als geheel- bevordert minder zeggende argumentaties, waar zo ongeveer iedereen zich wel in kan vinden. Het poldermodel op zijn slechtst. Zij laat makkelijker toe dat de argumenten waar het echt om draait onbesproken blijven.

Hebben de rechters geen tijd? Dat zou ik echt een jammerlijk argument vinden. Alleen al vanuit deze faculteit kunnen we aantal zeer intelligente net afgestudeerde studenten aanbieden, die tegen een niet al te hoge beloning aangevuld met een schat aan ervaring wel één of twee jaren assistent van een raadsheer willen zijn en veel voorbereidend werk kunnen verrichten. De extra kosten vallen in het niet bij de winst aan meer profilerende argumentaties.

Een ander argument tegen is klassiek: meningsverschillen tussen rechters zouden het gezag van hun uitspraken ondermijnen. Corstens doelt op iets

²⁴ Caroline Lindo, *Tussen ideaal en nuchterheid. Interview met de nieuwe president van de Hoge Raad, mr. G.J.M. Corstens*, NJB 2009, 17, p. 1078.

²⁵ United States Supreme Court, *Boumedienne et al. v. Bush*, 06-1195, 12 juni 2008

dergelijks als hij zegt dat partijen graag een ondubbelzinnige beslissing willen²⁶. Maar waar het recht niet ondubbelzinnig is en verschillende constructies verdedigbaar zijn daar heeft het verkopen van beslissingen als ondubbelzinnig iets als het verkopen van mooi weer op vakantie: het kan er zijn, maar heel vaak ook niet. Ik constateerde vandaag een behoorlijk meningsverschil tussen Hof en HR betreffende de betekenis van art. 137c Sr. Meningsverschillen tussen rechterlijke colleges zijn minstens zo erg voor het gezag van rechtspraak als meningsverschillen binnen die colleges. Feit blijft dat, zoals iedereen ook weet, zodra het spannend wordt de meest capabele juristen van mening kunnen verschillen. Hoe vaak gebeurt het niet dat een arrest van een gerechtshof gecasseerd wordt door de Hoge Raad? Met elkaar nemen we aan dat die hoven echt niet vol zitten met juridische dombo's. We zouden niet de meningsverschillen moeten verstoppen in de raadkamer en dan de illusie koesteren dat de justitiabelen denken dat ze er niet zijn. Dat is het steken van de bekende kop in het even bekende zand. Die justitiabelen weten heel goed wat we allemaal weten. Ik waag de veronderstelling dat het het gezag van de rechtspraak juist ten goed komt wanneer partijen en andere geïnteresseerden niet met weinig zeggende formuleringen naar huis worden gestuurd, maar wanneer zij in voorkomende gevallen kunnen lezen dat sommige raadsheren het met hen eens waren, terwijl andere daar heel anders over dachten en wanneer ze kunnen lezen dat de dames en heren in de HR daar inhoudelijk met elkaar over in de slag zijn gegaan. Dat past ook in deze tijd van mondige burgers. Ook als ze in het ongelijk worden gesteld willen ze weten waarom²⁷.

²⁶ Caroline Lindo, o.c., p. 1079.

²⁷ Het vraagstuk van de dissenting en concurring opinions is aan de orde geweest in de vergadering van de NJV van 1973. Preadviseurs H.Drion en O. de Savornin Lohman waren, evenals de meerderheid van de vergadering voor de invoering hiervan, zelfs, met krappe meerderheid, bij alle instanties. Het argument dat mij voor doet pleiten is duidelijk verwoord door H.Drion, Handelingen 1973 der Nederlandse Juristen Vereniging, deel 1, eerste stuk, p. 39: "Het bekend maken van minderheidsopvattingen zal er toe kunnen leiden, dat controversiële beslissingen breder gemotiveerd worden. Het huidige stelsel werkt in de hand dat juist bij zulke beslissingen de motivering kort wordt gehouden. Bij het publiceren van een afwijkende mening met een sterke argumentatie zal de meerderheid zich daartegen af moeten zetten; zij zal die argumenten proberen te weerleggen of aangeven, waarom zij ondanks die argumenten toch tot een ander standpunt is gekomen". Positief over de dissenting opinion is ook J.C.M.Leyten, *Dissenting opinion (I)* en *Dissenting opinion (II)*, NJB 1972, p. 697 e.v. en p. 731

Laten we eens zien hoe dit zou kunnen gaan in de casus van de Valkenswaardse groepsbelediging. De raadsheren verschillen van mening. Een minderheid is het met het Hof eens. Men stelt dat art. 137c staat in de titel van de misdrijven tegen de openbare orde en dat de gewraakte uitspraken, zoals ook bleek uit de moord op Van Gogh, zeer riskant zijn voor de openbare orde. Die risico's zijn in de huidige samenleving groter dan toen deze wetsbepaling tot stand kwam. Vanuit deze strekking van de wet verdedigt men dat weliswaar kritiek op religies geoorloofd is, maar dat dat niet 'onnodig grievend' mag zijn en dat uitspraken als "stop het gezwel dat Islam heet" dat wel zijn.

Gegeven deze argumentatie van de minderheid kan de meerderheid zich niet meer simpel achter de wetsgeschiedenis verschuilen en zeggen (zoals nu gebeurde) dat de vrijheid van meningsuiting hier niet besproken hoeft te worden omdat dat pas nodig is wanneer de uitspraken wel verboden zouden zijn door art. 137c Sr. De minderheid verwierp immers juist het al te directe beroep op de wetsgeschiedenis en meende dat de betekenis van de bepaling teleologisch geactualiseerd moest worden. Daarmee komt de vrijheid van meningsuiting direct in het vizier. Nu moeten dus de waarden waar het in dit artikel om gaat zelf aan bod komen. Art. 137c bedoelt in ieder geval, zegt de meerderheid nu, mensen te beschermen tegen hen wegens hun godsdienst discriminerende belediging. Maar als we dat zo interpreteren dat er een verbod is wanneer de betreffende gelovigen zich beledigd voelen loopt men bij iedere godsdienstkritiek risico. Dat is in strijd met de vrijheid van meningsuiting. Het 'onnodig grievende' is weliswaar in eerdere rechtspraak gehanteerd, maar in het onder begeleiding van prof. Soeteman geschreven proefschrift van Theo Rosier is aangetoond dat het hiervoor te maken onderscheid tussen vorm en inhoud niet

e.v., alsmede in zijn commentaar op de preadviezen uit 1973 *Consensus over de Dissenting Opinion*, NJB 1973, p. 649 e.v..

houdbaar is ²⁸. Volgt een korte uitleg. Uit dit alles volgt dat de vrijheid van meningsuiting vereist dat art. 137c restrictief wordt uitgelegd. Voor deze restrictieve uitleg vinden we ook steun in de wetsgeschiedenis.

Zou als de meerderheid zo argumenteert, daartoe aangezet door de anders denkende minderheid, dit het gezag van de uitspraak verminderen? Er worden argumenten gegeven waar anderen het mee oneens kunnen zijn. Brede discussie over de uitspraak van de HR wordt daardoor bevorderd. Maar dat komt omdat wie goed argumenteert zichzelf controleerbaar maakt voor anderen. Ik kan niet inzien wat er negatief zou zijn aan een bredere discussie over de door de HR gewezen arresten. Belangrijker is dat op deze manier voor de justitiabelen duidelijker wordt gemaakt waarom zij gelijk of ongelijk krijgen. Het gaat weer over hun probleem. Ze lopen minder kans met niets of weinig zeggende formules het bos ingestuurd te worden. En vooral, er wordt scherper geargumenteed. Dat is pure winst.

Dankwoord

Mevrouw de rector, dames en heren, ik kom toe aan mijn slotwoord. Wat ik nog te zeggen had. Dat is veel, maar ik zal me zeer beperken. Ik heb hier 24 jaar lang een fantastische baan gehad. Ik mocht me bezig houden met wat mijzelf interesseerde, daarover schrijven en daarvan vertellen. Natuurlijk waren er ook wel vervelender klussen –ik noem de ontmoedigende stapel van honderden tentamens die van tijd tot tijd nagekeken moesten worden- maar dat hoort er nu eenmaal bij. Ik dank al degenen die mij dit werk mogelijk hebben gemaakt, terwijl ik er nog fatsoenlijk voor betaald werd ook. Bonussen heb ik nooit gekregen –maar ook niet gemist.

²⁸ Theo Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1997, p. 121 e.v. Zie ook Th. Rosier, *Tolerantie en religie. Over de zaak Van Dijke en de visie van het EHRM inzake godslastering*, RM Themis 161, 2000/1, p. 3-14.

Ik dank het College van Bestuur dat mij weliswaar niet benoemd heeft (dat was destijds nog het bestuur van de Vereniging voor Christelijk Wetenschappelijk Onderwijs), maar dat mij heeft gedoogd. En ik dank het bestuur van de beide faculteiten waaraan ik verbonden was. In de praktijk lag mijn hoofdtaak bij de juridische faculteit, die mij ook betaalde.

Vakken als het mijne nemen altijd een wat bijzondere plaats in in het juridisch curriculum. Dat de studenten strafrecht, staatsrecht en bestuursrecht moeten doen, dat begrijpen zelfs de studenten die ook daar eigenlijk geen zin in hebben. Maar encyclopedie, rechtsfilosofie, dat spreekt toch minder voor zichzelf. Desondanks is bestaansrecht en omvang van mijn vak gedurende al die jaren dat ik hier verantwoordelijk voor was nooit ter discussie gesteld. Dat is elders soms wel anders. Ik heb me hier mede daarom altijd als een vis in het water gevoeld.

Wanneer je door niemand opgevolgd wordt lijkt het alsof je eigenlijk voor je vertrek al overbodig was. Dat ik door maar liefst twee mensen opgevolgd wordt geeft mijn werk met terugwerkende kracht extra betekenis. En het streelt mijn ijdelheid. Ik wens mijn opvolgers, Wouter Veraart en Bart van Klink, alle succes toe.

Er zijn velen zonder wie ik dit werk niet, en zeker minder goed, had kunnen doen. Dat geldt voor mijn medewerkers, waar ik het altijd goed tot zeer goed mee getroffen heb gehad. Het geldt zeker ook, op heel andere maar veel onmisbaarder manier, voor de mensen in mijn directe leefomgeving. Woorden schieten in dit verband tekort. Hier is van toepassing de zin waarmee Wittgenstein's Tractatus eindigde (ik denk de beroemdste slotzin uit de filosofie): "Wovon man nicht sprechen kann, darüber musz man schweigen"

Ik dank u voor u aandacht.